

Proceso No 42.484

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

**MAGISTRADO PONENTE
EYDER PATIÑO CABRERA
APROBADO ACTA No. 419-**

Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de dos mil trece (2013)

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte decide sobre los presupuestos lógico jurídicos de la demanda de casación formulada por el defensor de **CARLOS ALBERTO ARARAT MUÑOZ** contra la sentencia dictada el 13 de junio de 2013 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, que confirmó, con modificaciones, el fallo proferido el 28 de octubre de 2011 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad, mediante el cual lo condenó por los delitos de secuestro simple y hurto calificado y agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. A eso de las 12:15 a.m. del 27 de octubre de 2002, 5 sujetos que se apostaron al lado de la vía que de Cali conduce a Popayán simularon un retén de la Policía y le hicieron señal de alto al vehículo tipo camión, marca Dodge 600, modelo 1978, de placas SYB-274, el cual estaba cargado de mercancía –avaluada en \$26.000.000- y era conducido por RICARDO BENJAMÍN GAVIRIA.

Cuando dos de dichos individuos, que estaban uniformados con prendas de la Policía, requirieron al chofer para que entregara los documentos del vehículo y las facturas de los productos que transportaba, éste sospechó lo que ocurría y emprendió la marcha pero inmediatamente fue alcanzado e intimidado por aquellos con armas de fuego, por lo que tuvo que entregar el automotor.

Enseguida, tres de las personas se lo llevaron en un automóvil Renault blanco hasta un paraje solitario, cerca de Jamundí, donde lo retuvieron por un lapso de hora y media, aproximadamente.

Mientras tanto, a la altura de Villa Rica, personal de la Estación de Policía de esa localidad recuperó el camión que para ese momento era conducido por OSWALDO GUZMÁN AYALA, quien explicó que un vecino –FERNANDO-, lo había contratado para conducir dicho rodante por un trayecto corto, razón por la cual se desplazó con él y tres personas más desde Cali hasta el lugar de los hechos, al que llegó un sujeto en una moto azul, el cual era policía –pero estaba vestido de civil- y tenía como particularidad un parche en un ojo, y tras dialogar con uno de ellos –Alberto- se marchó con éste, retornándolo luego al mismo sitio. Este individuo fue identificado, posteriormente, como **CARLOS ALBERTO ARARAT MUÑOZ**.

En el momento de la aprehensión, el capturado les solicitó que hablaran con el uniformado del parche, quien sabía todo y podía arreglar el problema.

2. Por estos hechos, el mismo día, BENJAMÍN RICARDO GAVIRIA formuló la denuncia correspondiente ante la Unidad de Policía Judicial de Santander de Quilichao¹.

3. El 28 de ese mes, la Fiscalía Primera Seccional de dicho lugar profirió resolución de apertura de instrucción².

4. Una vez escuchado en indagatoria OSWALDO GUZMÁN OLAYA³, mediante resolución del 5 de noviembre de 2002 de la Fiscalía Segunda Seccional de esa localidad, se resolvió la situación jurídica del sindicado con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario⁴.

5. El 12 de diciembre de dicha anualidad, la Fiscalía 02-005 Seccional de Popayán ordenó vincular a través de injurada a **CARLOS ALBERTO ARARAT MUÑOZ**⁵.

6. El 16 de enero de 2003, se declaró el cierre parcial de la investigación respecto de OSWALDO GUZMÁN OLAYA y se dispuso la ruptura de la unidad procesal para que en cuerda separada se investigara la conducta de **ARARAT MUÑOZ**⁶.

7. El 12 de febrero siguiente, el ente investigador se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento⁷, pero impugnada esta decisión por la representante del Ministerio Público fue revocada el 22 de agosto siguiente por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán. En consecuencia, se ordenó la detención

¹ Cfr. folios 10-11 del cuaderno original 1.

² Cfr. folio 19 ibídem. Se precisa que, la resolución está incompleta.

³ Cfr. folios 22-26 ibídem.

⁴ Cfr. folios 52-59 ibídem.

⁵ Cfr. folios 79-80

⁶ Cfr. folio 82 ibídem.

⁷ Cfr. folios 113-121 ibídem.

preventiva de **CARLOS ALBERTO ARARAT MUÑOZ**, por los delitos de hurto calificado y agravado y secuestro simple⁸.

8. El 9 de agosto de 2004, la Fiscalía Séptima Especializada de Popayán, declaró clausurada la instrucción⁹.

9. El mérito del sumario se calificó con resolución de acusación del 28 de septiembre de 2004 en contra de **CARLOS ALBERTO ARARAT MUÑOZ**, quien fue llamado a juicio en calidad de coautor de los injustos de secuestro simple, hurto calificado y agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (artículos 168 –modificado por el canon 1º de la Ley 733 de 2002-, “239-240 incisos (sic) 2º, modificado por la Ley 813 del 2003 artículo 2º”¹⁰, 241.4.6.9, 267.1, 365, 58.5.10 y 31 del Código Penal)¹¹.

10. El asunto le correspondió al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Popayán, quien lo avocó el 28 de octubre de ese año y dispuso correr el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000¹².

11. La audiencia preparatoria se surtió el 15 de diciembre posterior¹³ y la pública de juzgamiento se llevó a cabo en dos sesiones: el 2¹⁴ y 3 de febrero de 2005¹⁵.

12. El 28 de octubre de 2011 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Popayán condenó a **CARLOS ALBERTO ARARAT MUÑOZ**

⁸ Cfr. folios 176-192 ibídem.

⁹ Cfr. folio 216 ibídem.

¹⁰ Cfr. folio 247 ibídem.

¹¹ Cfr. folios 231-248 ibídem.

¹² Cfr. folio 2 del cuaderno original 2.

¹³ Cfr. folios 18-19 ibídem.

¹⁴ Cfr. folios 26-36 ibídem.

¹⁵ Cfr. folios 39-62 ibídem.

como coautor de los delitos de secuestro simple y hurto calificado y agravado, a las penas principales de 156 meses de prisión y multa en cuantía de 600 salarios mínimos legales mensuales vigentes y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad. Igualmente, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En esta decisión, también declaró la prescripción de la acción penal a favor del procesado respecto del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, agravado y cesó todo procedimiento por dicho reato¹⁶.

13. Inconforme con el fallo de primera instancia, el defensor del condenado interpuso recurso de apelación, y el 13 de junio de 2013 fue confirmado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, con algunas modificaciones consistentes en imponer a **CARLOS ALBERTO ARARAT MUÑOZ** las penas de 82 meses y 4 días de prisión y 300 s.m.l.m.v. de multa¹⁷.

14. La defensa técnica interpuso¹⁸ y sustentó¹⁹ el recurso extraordinario de casación, dentro de la oportunidad legal.

LA DEMANDA

El censor identifica los sujetos procesales y el fallo impugnado, hace un compendio de los hechos y de la actuación procesal y sostiene que la finalidad perseguida con el recurso es la de procurar la revocatoria de la sentencia de segunda instancia,

¹⁶ Cfr. folios 70-96 ibídem.

¹⁷ Cfr. folio 4-31 del cuaderno del Tribunal

¹⁸ Cfr. folio 38 ibídem.

¹⁹ Cfr. folio 54 ibídem.

“casando la sentencia objeto de esta alzada y si (...) consideran que no reúne los requisitos suficientes para su admisión, lo admitan de acuerdo a lo previsto en el artículo 206 del código de procedimiento penal”²⁰, ya que lo estima necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales; esto, dadas las fallas en que incurrió el Tribunal y, como quiera que, no está plenamente clarificado lo relativo a la prescripción de la acción penal conforme al inciso 2º del artículo 86 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 6º de la Ley 890 de 2004, pues en su criterio “los pronunciamientos a este respecto deben actualizarse con las decisiones de la ley 906 de 2004”²¹

Enseguida, en un acápite que intitula “SOLICITUD DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL”²² recuerda que la sentencia de primera instancia se dictó más de 6 años después de la culminación de la audiencia pública de juzgamiento, así como que el *ad quem* reconoció a favor del enjuiciado la diminuyente consagrada en el artículo 171 de la Ley 599 de 2000, por lo que la pena se fijó en 82 meses y 4 días de prisión y 300 s.m.l.m.v. de multa.

En ese orden, dado que “el término de prescripción, la mitad de la pena a imponer se encuentra por debajo del mínimo establecido, como es el de cinco años”²³, es de la idea que, la acción penal estaba prescrita cuando se profirió la sentencia de segunda instancia, al tenor del inciso 2º del artículo 86 de la ley 600 de 2000.

A continuación, postula un único cargo al amparo de la causal primera, por violación indirecta de la ley sustancial, en la modalidad de “error de derecho en la apreciación o interpretación de la

²⁰ Cfr. folio 50 ibídem

²¹ Ibídem.

²² Ibídem.

²³ Cfr. folio 51 ibídem.

*prueba*²⁴ e, inmediatamente después, al desarrollar el reproche, señala que el yerro se produjo por “*vía de hecho, por falso juicio de existencia ya que el a quo a pesar que en el plenario hay una existencia razonable y concreta de la duda, que impide la estructuración de la certeza, como (sic) requisito necesario para el proferimiento de sentencia de condena, de acuerdo a lo previsto en el inciso segundo del artículo (sic) 232 del Código de Procedimiento Penal.*”²⁵

Confusamente, explica que, si bien el fallo impugnado se valió del artículo 314 *ejusdem* para señalar que la policía judicial está habilitada para escuchar en entrevista a personas que puedan tener conocimiento de los hechos, y tales exposiciones solo deben ser tenidas como criterio orientador de la investigación, lo cierto es que, en el caso concreto, OSWALDO GUZMÁN OLAYA no podía rendir entrevista sino injurada, razón por la que, lo dicho por él ante la policía judicial, sin la presencia de un abogado, no podía ser tenido en cuenta a la luz del artículo 280 del mismo estatuto²⁶.

El primer yerro, surge, entonces, de que el *a quo* le haya dado el carácter de confesión a la entrevista rendida por GUZMÁN OLAYA, siendo que en dicha diligencia se violaron los derechos al debido proceso y a la defensa, pues fue forzado a consignar el contenido de la misma, lo cual se deduce de un aparte de dicha diligencia, citado por el *ad quem*, en el que aquél manifiesta que estaba asustado e incrimina a un sujeto con un parche en el ojo.

Asegura el letrado que, GUZMÁN OLAYA nunca vinculó a su asistido como partícipe de los punibles pues “*no escucho (sic) lo que este (sic) converso (sic) con sus amigos y la pregunta del parche en el ojo es*

²⁴ Cfr. folio 52 *ibídem*.

²⁵ *Ibídem*.

²⁶ La Corte precisa que éste precepto alude a los requisitos de la confesión.

*capciosa ya que en ningún momento consigno (sic) algún defecto que tuviera ARARAT para poderlo diferenciar de otra persona*²⁷.

Luego de resaltar que el juez de primer nivel atendió las declaraciones de los subintendentes JOSÉ LUIS CORIDA SEPÚLVEDA y BEKEN FAIBER PERAFÁN INSUASTI, quienes habrían aludido a la referida entrevista, que, se insiste, no podía ser valorada, crítica al Tribunal por conferirle credibilidad a la versión entregada por aquellos.

Para el censor, es indiscutible que dichos uniformados persuadieron al capturado para que, se refiriera a un policía que tenía un parche en el ojo, siendo que *“ni siquiera pudo fijarse muy bien en algún defecto físico de este.”*²⁸ En criterio del jurista, el falso juicio de existencia pregonado se desprende de que no haya sido posible corroborar con otro medio probatorio lo consignado en la pluricitada entrevista, máxime cuando esta no puede tenerse siquiera como prueba de referencia.

Es absurdo, dice el libelista, que al referirse al testimonio de CARLOS ALBERTO SABOGAL GARCÍA, el juez singular sostenga que *“le coloco (sic) [unas fotografías]²⁹ al señor Guzmán Ayala³⁰ (sic), entre las que se encontraban la de Carlos Alberto Ararat”*³¹ pues no se cumplieron los requisitos para el reconocimiento fotográfico, descritos en el artículo 304 *ejusdem*.

También se equivocó el fallador unipersonal –asegurando sostuvo que las declaraciones vertidas por los agentes

²⁷ Cfr. folio 53 *ibídem*.

²⁸ *Ibídem*.

²⁹ La Sala precisa que el censor no aclara qué cosa colocó de presente a GUZMÁN OLAYA pero del contexto se infiere que se trata de unas fotografías.

³⁰ La Corte precisa que el segundo apellido es OLAYA y no AYALA.

³¹ Cfr. folio 53 *ibídem*.

que interrogaron a GUZMÁN OLAYA son indirectas o de oídas ya que no podrían ser tenidas como tales dada la transgresión de las garantías constitucionales de aquél. Aunque el juzgador se refirió a otros medios de conocimiento, enfatizó sobre “*esas pruebas que son frutos del árbol ponzoñoso, por eso no se le (sic) dar credibilidad a su existencia*”³².

Crítica al juzgador de primer grado por *confirmar* la acusación con base en unos elementos de convicción obtenidos de forma ilegal y a la colegiatura por darles credibilidad.

Remata sosteniendo que el *a quo* incurrió en “*falso juicio de existencia porque fundamento (sic) la providencia en pruebas de referencia, violando indirectamente la ley sustancial*”³³.

Solicita “*desconocer el fallo recurrido*”³⁴ casándolo, absolver a su prohijado y revocar la orden de captura que pesa en su contra.

ALEGATO DEL SUJETO NO RECURRENTE

El Procurador 155 Judicial Penal advierte que no obstante la legitimidad que le asiste al defensor del procesado para incoar el recurso, el cual fue interpuesto y sustentado dentro la oportunidad legal y la posibilidad de acceder a la casación ordinaria o común, la demanda no satisface las exigencias del numeral 3º del artículo 212 de la Ley 600 de 2000 porque “*los delitos por los que se procede contemplan una pena máxima que excede los 8 años de prisión*” y, por lo tanto, debe ser inadmitida.

³² Cfr. folio 54 *ibídem*.

³³ *Ibídem*.

³⁴ *Ibídem*.

CONSIDERACIONES

1. Sobre la solicitud de prescripción.

Previo a calificar la demanda, corresponde a la Sala pronunciarse sobre la pretensión de prescripción invocada en el mismo libelo, habida cuenta que, de prosperar aquella, ninguna otra determinación diferente a su declaración podría hacer la Corte.

Al respecto, se debe partir por señalar que, son harto confusos los argumentos que le sirven de base al letrado para predicar la extinción de la acción penal por prescripción, más al tratar de desentrañarlos puede entenderse con alguna dificultad que, en criterio del censor tal fenómeno operó antes de que se dictara sentencia de segunda instancia, habida cuenta que el Tribunal reconoció a favor de su mandante, la circunstancia atenuante descrita en el artículo 171 de la Ley 599 de 2000 y por razón de la aplicación del numeral 3º del artículo 86 *ejusdem*, modificado por el canon 6º de la Ley 890 de 2004.

Ninguna razón le asiste al demandante de cara a sus dos predicados.

En primer lugar, de forma decantada la Corte se ha ocupado de precisar que la metodología para contabilizar el término de prescripción para los procesos regidos por la Ley 600 de 2000 es sustancialmente diferente a la de la Ley 906 de 2004:

*“5. En lo atinente a la **prescripción**, es evidente que ha sido reglamentada en el **anterior sistema** y en el **nuevo sistema**, como una*

sanción a la inactividad punitiva del Estado que, debido a su inercia por cualquier motivo, pierde toda potestad de investigar y castigar.

*Pero en torno a la **interrupción** del lapso prescriptivo, la diferencia entre las dos **estructuras** es total, pues uno y otro se originan en causas bien diversas y, por ende, cumplen objetivos también disímiles.*

*En el **nuevo sistema**, una vez el fiscal formula imputación, cuenta con el inexorable lapso de 30 días para presentar el escrito de acusación (artículo 175). Si no lo hace, aparte de que incurre en causal de mala conducta, pierde competencia y el asunto pasa a otro delegado, que cuenta con un plazo igual. En esta hipótesis, si no acusa, el Ministerio Público o la Defensa quedan habilitados para reclamar la preclusión de la investigación.*

Es claro, entonces, que en el peor de los casos, a partir de la imputación, no puede transcurrir un periodo superior a 60 días sin que la acusación sea presentada.

*En esas condiciones, que el artículo 292 de la Ley 906 del 2004, en armonía con el artículo 6° de la Ley 890 del mismo año, hubiera señalado un lapso de tres años, contados a partir de la imputación, como límite para que la acción penal prescriba, se muestra apenas razonable, suficiente, **dentro de ese esquema de procesamiento**.*

*No sucede lo mismo con el **sistema que sirve de apoyo** a la Ley 600 del 2000, cuyo artículo 325 permite que la investigación previa se prolongue hasta por 6 meses, lapso que puede ser adicionado en otros dos meses, en el caso de revocatoria de la resolución inhibitoria. Su artículo 329 habilita una fase de instrucción de hasta 24 meses. Por lógica, unos términos así de elásticos y amplios justifican que la acción penal prescriba en un mínimo de 5 años, de conformidad con los artículos 83 y 86 del Decreto 100 de 1980.*

*6. Con base en lo anterior, el artículo 6° de la Ley 890 de del 2004 debe ser concebido como modificadorio del artículo 86 del Código Penal, **exclusivamente en lo relacionado con los asuntos tramitados por el sistema procesal de la Ley 906 del 2004**. Nótese cómo, al igual que ésta, el artículo 15 de aquella ordenó:*

La presente ley rige a partir del 1° de enero de 2005, con excepción de los artículos 7° a 13, los que entrarán en vigencia en forma inmediata.

Pero para el procedimiento regido por la Ley 600 del 2000, el artículo 86 de la Ley 599 del 2000 aplicable es el original, esto es, no lo cobija aquella modificación.

*7. A lo anterior se debe agregar otro punto elemental: no existe parámetro legal alguno que conduzca a pensar que la **formulación de imputación** prevista en la Ley 906 del 2004 **equivale** a la **resolución acusatoria** reglada en la Ley 600 del 2000 y en el artículo 86 del Código Penal. Y no solo no existe, sino que todo indica que incluso en el **sistema y esquema de la nueva normatividad** son actos procesales diversos, porque en éste son **diferentes** la **formulación de la imputación** y la **formulación de la acusación**, en tanto que en la Ley 600 del 2000 no existe la primera, aunque sí la segunda, pero con características diferentes.*

*Partiendo de lo expuesto, el término prescriptivo de la acción penal en asuntos tramitados bajo el **sistema** adoptado por la Ley 906 del 2004, se contabiliza así:*

** Desde la consumación de la conducta (en los delitos de ejecución instantánea), o desde la perpetración del último acto (en los de ejecución permanente o tentados), corre el tiempo máximo previsto en la ley (artículo 83 del Código Penal).*

** El lapso se interrumpe con la formulación de la imputación, producida la cual comienza a correr de nuevo por un término igual a la mitad del previsto en la norma penal, pero nunca puede ser inferior a 3 años (artículos 292 de la Ley 906 del 2004 y 6° de la Ley 890 del 2004).*

** La sentencia de segunda instancia suspende el último periodo hasta por cinco (5) años, vencidos los cuales continúa, prosigue, el cumplimiento de los lapsos (artículo 189 de la Ley 906 del 2004).*

Bajo el régimen de la Ley 600 del 2000, la situación es la siguiente:

** Desde la comisión de la conducta o del último acto, transcurre el término previsto en el artículo 83 del Código Penal.*

** La resolución acusatoria ejecutoriada interrumpe ese periodo, que comienza a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del previsto en el artículo 83, sin que en ningún caso pueda ser inferior a 5 ni superior a 10 años (artículo 86 del Decreto 100 de 1980).*

** El último lapso solo se interrumpe con la sentencia en firme.”³⁵*

Y en segundo lugar, la circunstancia de atenuación punitiva, prevista en el artículo 171 del Código Penal, reconocida a favor de **CARLOS ALBERTO ARARAT MUÑOZ** por el Tribunal, ninguna incidencia positiva a los fines prescriptivos anhelados por el letrado, tuvo en el caso concreto, por cuanto el descuento consagrado en dicha norma de “*hasta la mitad*”, debe imputarse únicamente al extremo mínimo de la infracción, de acuerdo al numeral 3º del artículo 60 *ejusdem*.

En efecto, se tiene que, para la época de los hechos – octubre de 2002-, el delito de secuestro simple tenía prevista pena de prisión de 12 a 20 años. Aplicada la referida diminuyente al extremo mínimo de la infracción (12 años), la cual equivale a la mitad, la sanción quedó reducida de 6 a 20 años.

Lo anterior significa que dicho punible prescribe en un término máximo de 10 años, los cuales no han transcurrido desde que quedó en firme³⁶ la resolución de acusación de fecha 28 de septiembre de 2004.

³⁵ Sentencia del 23 de marzo de 2006, radicación 24.300.

³⁶ El pliego de cargos cobró ejecutoria el 21 de octubre de 2004. Cfr. folio 250 del cuaderno original 1.

Lo mismo se debe concluir respecto del injusto de hurto calificado y agravado, el cual también prescribe en un lapso de 10 años.

Ciertamente, el injusto de hurto calificado estaba sancionado con pena de 4 a 10 años³⁷, que agravado conforme a los artículos 241 –numerales 4º, 6º, y 9º- y 267 –numeral 1º arroja una sanción de 6.2155 a 22.5 años.

Como la mitad del máximo es superior a 10 años, es este el monto que se debe tener en cuenta como término prescriptivo durante el juicio, al tenor de lo prescrito en el artículo 86 *eiusdem*.

Siendo lo anterior así, es claro que, contrario a lo señalado por el defensor, a la fecha no ha sobrevenido la extinción de la acción penal por prescripción, respecto de ninguno de los injustos endilgados al procesado.

2. Cargo único.

En orden a derruir la doble presunción de acierto y legalidad que recae sobre el fallo de segundo grado, el recurso extraordinario de casación debe ser elaborado respetando las formalidades técnico jurídicas previstas en la ley y la jurisprudencia, según se trate de cada una de las causales establecidas en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

En ese sentido, la demanda debe ser íntegra en su formulación, suficiente, clara y precisa en su desarrollo y eficaz en la pretensión, de tal suerte que se debe soportar en los principios

³⁷ Artículos 239 y 240.2.4 de la ley 599 de 2000.

que rigen el recurso extraordinario, en especial, los de claridad, precisión, fundamentación, prioridad, no contradicción y autonomía, sin que sea viable argumentar a la manera de un alegato de instancia. La proposición de los cargos exige escoger adecuadamente la causal y el sentido de la violación y, concretar el disenso en términos de trascendencia.

De conformidad con el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal del 2000, la Sala inadmitirá el libelo, porque no reúne los presupuestos mínimos previstos en el artículo 212 del mismo Estatuto.

Son múltiples los yerros argumentativos que exhibe y que conjuran con suficiencia en contra de la posibilidad de darle curso. Los siguientes son los más representativos:

i) Frente a la facultad oficiosa de la Corte para admitir a trámite una demanda que no satisface los requisitos mínimos previstos en el artículo 212 de la Ley 600 de 2000, es del caso anotar que si bien es posible superar los defectos lógico argumentativos que exhiba el libelo para comprobar si la sentencia recurrida atenta contra las garantías fundamentales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 216 *ejusdem*, lo cierto es que, esta es una facultad discrecional de la Corporación que no responde a la solicitud que con esa pretensión formule el casacionista, ya que por virtud del principio de limitación, la Sala está impedida para reformular la demanda en tanto es una carga del censor elaborarla respetando todos aquellos requisitos formales previstos en el referido canon 212.

Sobre el particular, la Sala ha sostenido³⁸:

“Al respecto resulta oportuno recordarle que la casación oficiosa opera por ministerio de la ley y no por solicitud del recurrente. Admitir lo contrario sería dejar inoperante el artículo 212 de la Ley 600 de 2000, desconocer el carácter extraordinario del medio de impugnación, y ninguna razón tendría, entonces, la exigencia de requisitos de la demanda previstos en esa norma pues sería un llamado a la Corte para que elabore la demanda.

Si bien la Corte no puede tener en cuenta motivos de casación distintos a los que han sido expresamente alegados por el demandante, el legislador determinó que, de advertirse una causal de nulidad no exhibida por él o una flagrante vulneración de garantías fundamentales no denunciadas, debe actuar oficiosamente³⁹. Pero –se insiste- la intervención oficiosa no es una pretensión sino una decisión de la Corporación y sólo tiene lugar en los eventos descritos.” (Subrayas fuera del texto original).

Así las cosas, es claro que no hay lugar a atender la petición de la defensa en el sentido anotado.

ii) La dicotomía entre la postulación del cargo y su desarrollo es palmaria. En efecto, mientras que, al anunciar el motivo de ataque acusó la infracción de la ley sustancial derivada de un “error de derecho en la apreciación o interpretación de la prueba”⁴⁰, que, entonces, solo podría consistir en un falso juicio de legalidad o de convicción, al iniciar la sustentación aduce que se trata de una “vía de hecho por falso juicio de existencia”.

Ahora, de entenderse que esta última modalidad de reproche es la seleccionada, lo cierto es que, su fundamentación

³⁸ Cfr. auto del 24 de noviembre de 2010, radicación 35.137.

³⁹³⁹ Artículo 216 del Código de Procedimiento Penal.

⁴⁰ Cfr. folio 52 del cuaderno del Tribunal.

no se ajusta en nada a los parámetros de demostración que rigen tal sentido de error.

En verdad, en punto de este tipo de infracción, se impone decir que, se incurre en él cuando el sentenciador desatiende el contenido fáctico de una prueba debidamente incorporada a la actuación o supone un medio de persuasión no allegado al plenario, confiriéndole entidad probatoria.

Para acreditar esta clase de dislate el recurrente tiene la carga de señalar la prueba materialmente omitida o supuesta, e indicar, cómo de haber sido valorada o no apreciada, según sea el caso, al tiempo con los demás medios de prueba, las conclusiones adoptadas en el fallo habrían sido sustancialmente diferentes y favorables a su pretensión.

En el caso sometido a examen de admisión, el demandante exhibe un profundo desconocimiento de la técnica que rige el tipo de reproche que propugna, pues no solo no estableció cuáles son los medios de conocimiento supuestos u omitidos, sino que adujo que, el yerro se produjo porque i) su asistido fue condenado pese a existir duda probatoria ii) no se corroboró con otro medio de persuasión lo consignado en la supuesta entrevista ilegal recibida a OSWALDO GUZMÁN OLAYA, máxime cuando esta no puede tenerse siquiera como prueba de referencia y iii) se le confirió credibilidad a las declaraciones de los policías que capturaron a dicho sujeto, pruebas que a juicio del letrado también son ilegales.

Olvidó el libelista que, para denunciar la violación del principio *in dubio pro reo*, le correspondía acreditar por la senda de la infracción directa que los falladores reconocieron la duda

probatoria y, sin embargo, no lo declararon así en la parte resolutive de la providencia.

Igualmente, si lo pretendido era cuestionar la valoración de ciertos medios de convicción cuya creación o incorporación habría irrespetado los cánones procedimentales, el censor debió acudir al error de derecho por falso juicio de legalidad, planteamiento que tampoco intentó el letrado.

Al efecto, es bueno precisar que, con este modo de argumentar, el jurista lesionó el principio de autonomía debido a que, invocó reproches que obedecen a distintas categorías de ataque.

Igualmente, se impone recordar que, el mérito asignado por los sentenciadores a los elementos de persuasión no es susceptible de ser rebatido en sede de casación, porque el fallo de segunda instancia llega precedido de la doble presunción de acierto y legalidad, salvo que a través del error de hecho por falso raciocinio se demuestre el quebranto de las leyes de la sana crítica.

En ese orden, el abogado no podía desconocer, a través de un típico alegato de instancia -válido ante los jueces de conocimiento, pero refractario al recurso de casación-, el valor que los falladores le brindaron a la prueba de cargo. Le correspondía persuadir a la Corte de que los sentenciadores evadieron el sistema de persuasión racional porque emplearon reglas de la experiencia, postulados lógicos o leyes científicas incompatibles con el caso concreto. Nada de esto se lee en la demanda.

Por el contrario, es la sola oposición particular del demandante la que se opone frente al criterio fáctico-jurídico de los juzgadores.

Repárese, a manera de ejemplo, cómo el censor reprueba que los falladores hayan creído en la narración de los policías que le dieron captura a GUZMÁN OLAYA y escucharon cuando éste les dijo que llamaran al policía del parche para arreglar el asunto, pues él había estado conversando con sus copartícipes, declaraciones que el censor ata sin más, o razón lógica alguna, a la entrevista rendida por aquél ante distintos funcionarios de policía judicial el día de los acontecimientos.

Por equivocarse la senda de ataque, pero también por ser ciertamente irrelevante, se impone rechazar la queja del demandante según la cual, el *a quo* manifestó que CARLOS EDUARDO SABOGAL GARCÍA le exhibió a OSWALDO varias fotografías de policías con características similares a las referidas por él, identificando a **CARLOS ALBERTO ARARAT MUÑOZ**, procedimiento que, en su criterio, no se habría ajustado a las previsiones del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal para el reconocimiento fotográfico. Esto, por cuanto el *ad quem* corrigió tal apreciación, de la siguiente forma:

“Fuera de lo anterior, el S.I. JOSÉ LUIS CORIDA SEPÚLVEDA, manifiesta que OSWALDO GUZMÁN, le solicitó que “habalara (sic) con el agente del parche y que él arreglara esa situación”. Como no había otro agente en dicha Estación de Policía con tal característica, resultaba fácil para el declarante indicar que se trataba de CARLOS ALBERTO ARARAT MUÑOZ, razón por la que resultaba intrascendente el señalamiento que hizo GUZMÁN OLAYA en una fotos que le fueron exhibidas, procedimiento que en verdad no correspondía a un reconocimiento en álbum fotográfico, sino a una prolongación de la

*versión que estaba rindiendo en la entrevista*⁴¹. (Subrayas no originales).

iii) Aunque las deficiencias detectadas son suficientes para descartar cualquier posibilidad de darle curso al libelo, oportuno se ofrece señalar que la precariedad sustancial del reparo también condiciona su inadmisión.

En realidad, observa la Sala que la inconformidad del censor radica en el mérito positivo asignado por los jueces unipersonal y plural a la entrevista rendida por OSWALDO GUZMÁN OLAYA mediante la cual incriminó a un sujeto que conducía una moto y tenía un parche en el ojo, así como a los testimonios de los subintendentes JOSÉ LUIS CORIDA SEPÚLVEDA y BEKEN FAIBER PERAFÁN INSUASTI a los que aquél les solicitó cuando fue capturado que hablaran con el policía del parche para arreglar todo.

A juicio del recurrente, como quiera que GUZMÁN OLAYA no estuvo asistido por un defensor, era inviable apreciar esa versión y las declaraciones de los agentes, pues, en su sentir, fueron quienes lo interrogaron violando los derechos al debido proceso y a la defensa.

Sin embargo, para la Sala es claro que tal proposición, omite deliberadamente un aspecto sustancial que torna intrascendente su reproche, y es que, OSWALDO GUZMÁN OLAYA no solo ratificó el contenido suasorio de dicha entrevista en la ampliación de indagatoria sino que en la injurada también consintió parcialmente lo dicho en ella, información que junto con la consignada en otros

⁴¹ Cfr. folio 20 de la sentencia de segunda instancia a folio 23 ibídem.

medios de conocimiento –testimonios de GLADISMIR BALLESTEROS FORY, FRANCIA ELENA FORY PAZ, JOSÉ LUIS CORIDA SEPÚLVEDA, BEKEN FAIBER PERAFÁN INSUASTI, ELIZABETH SÁNCHEZ y CARLOS EDUARDO SABOGAL GARCÍA- le sirvió a los juzgadores para emitir el juicio de reproche correspondiente contra **CARLOS ALBERTO ARARAT MUÑOZ**.

Repárese cómo el fallo de primera instancia pone de presente esta situación:

“Otro aspecto que debe analizarse es lo referente a la entrevista que rindiera el señor OSWALDO GUZMAN OLAYA, ya que para la defensa esta se realizó sin la presencia de un abogado que protegiera los intereses del capturado y sin atender el debido proceso, por cuanto fue a partir de esta entrevista en donde se destaca la presencia del hoy enjuiciado. Al respecto esta judicatura advierte, que si bien es cierto esa entrevista no fue realizada con las ritualidades propias del procedimiento, también es cierto que el señor OSWALDO GUZMAN OLAYA en la ampliación de indagatoria, la cual se realizó en presencia del Fiscal y con la asistencia de su abogada de confianza, manifestó que todo lo informado en esa entrevista fue verdad, generándose con esta declaración una convalidación de esa entrevista por parte de la persona que estuvo en la escena de los hechos, y la cual efectuó esa entrevista en forma espontánea y en la misma fecha, cuando los hechos aún subsistían en su memoria de manera fresca y actual.”⁴²

Por su parte, la magistratura hace ver que pese a que la entrevista no tiene el valor de testimonio, ni siquiera de indicio, ella fue ratificada por GUZMÁN OLAYA en una ampliación de indagatoria, tornándose, por lo tanto, tal información susceptible de ser valorada, además que existen diversas pruebas, como las declaraciones de quienes lo aprehendieron y, otras, no refutadas por el censor, como la de GLADISMIR BALLESTEROS FORY quien no

⁴² Cfr. folio 88 del cuaderno original 2.

corroboró la coartada del acusado según la cual a la hora de los hechos había estado con ella y la de ELIZABETH SÁNCHEZ – asistente judicial I de la Fiscalía Primera Seccional- a quien OSWALDO GUZMÁN le dijo que “*todo lo que había dicho en la entrevista era cierto que era verdad*”⁴³, las cuales comprometen la responsabilidad de **ARARAT MUÑOZ**.

A lo dicho se suma una clara confusión del letrado en un aspecto dogmático procesal elemental. La incriminación que GUZMÁN OLAYA formuló respecto de **ARARAT MUÑOZ** corresponde a un testimonio, que no a una confesión en los términos del artículo 280 de la Ley 600 de 2000, luego, la misma estaba sometida a las reglas del primero y no de la segunda.

Así mismo, para la Sala no corresponde más que a una especulación, la supuesta presión indebida ejercida por quienes recepcionaron la entrevista a GUZMÁN OLAYA pues del aparte de la misma, citado por el Tribunal, a partir del cual el defensor construye el reparo, no se infiere con certeza la razón por la que el interrogado manifiesta haber estado asustado cuando rindió tal versión.

Finalmente, es importante precisar que, el único contenido indirecto o referido de un testimonio al que aludió el *ad quem* –no el *a quo*- fue aquel en el que BEKEN FAIBER PERAFÁN INSUASTI afirmó que OSWALDO GUZMÁN, le indicó que “*el policía del parche, minutos antes del Hurto había hablado con los sujetos que realizaron ese hecho, más específicamente con ALBERTO HENAO y por esa razón él podía arreglar el problema*”⁴⁴, información que, como bien lo señaló la colegiatura,

⁴³ Cfr. folio 21 de la sentencia de segunda instancia a folio 24 del cuaderno del Tribunal.

⁴⁴ Cfr. folio 20 de la sentencia de segunda instancia a folio 23 *ibídem*.

bien podía ser analizada, sin ninguna tarifa legal específica en el régimen procesal de la Ley 600 de 2000, pues su único límite era el sistema de valoración regido por la sana crítica.

Además, no se percibe que, las declaraciones de los uniformados que aprehendieron a GUZMÁN OLAYA, siendo, en esencia, directas, sean producto de ningún árbol envenenado, pues, se recaba, ellos participaron en el operativo de captura, cuya legalidad nunca se refutó, pero no en la diligencia de entrevista que fue practicada por otros miembros de la policía judicial.

Todo lo anterior es suficientemente significativo para concluir que no hay lugar a admitir la demanda.

3. La casación oficiosa.

3.1. Siendo el recurso extraordinario de casación un control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia, a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde salvaguardar los derechos fundamentales de los sujetos procesales en los procesos penales. En vigencia de esa tarea debe velar por el respeto irrestricto de sus garantías esenciales en aras de posibilitar la efectividad de las mismas.

En aplicación de tal compromiso y en el marco del estado social y democrático de derecho, cuando quiera que se advierta alguna trasgresión sustancial de los derechos constitucional o legalmente reconocidos, deberá remediarla oficiosamente aunque el censor no lo advierta en su libelo, tal como lo autoriza el artículo 216 del Estatuto Penal Adjetivo.

Esta es la ocasión, pues se observa un yerro en la dosificación del concurso heterogéneo de conductas punibles que no fue denunciado por el censor y debe ser reparado por la Sala para impartir justicia en el caso concreto.

En efecto, se constata que, tras la readecuación punitiva realizada por el Tribunal, generada por el reconocimiento de la circunstancia de atenuación consagrada en el artículo 171 de la Ley 599 de 2000 y la corrección frente a la aplicación indebida por parte del juez de primera instancia de una norma que no regía el proceso –artículo 2º de la Ley 813 de 2003-, fue necesario tener como sanción base, la concerniente al delito de hurto calificado y agravado (74 meses y 20 días) para concursar la relativa al punible de secuestro simple (72 meses), atendiendo las reglas del artículo 31 del Código Penal.

En ese ejercicio, la colegiatura manifestó la intención de respetar el criterio del juzgador unipersonal que a la pena de 144 meses de prisión por el injusto de secuestro simple le había adicionado 12 meses más por el de hurto calificado y agravado, incremento que, según el juez plural equivaldría al 10%.

Por ello, a la pena de 74 meses y 20 días, o lo que es lo mismo, 74.66 meses por el delito lesivo del patrimonio económico le adicionó 7.46 meses (10%) por el reato transgresor de la libertad individual.

Sin embargo, se verifica que, el aumento realizado por el juez unipersonal por razón del concurso no fue del 10% como lo señaló la colegiatura sino del 8.33%, situación que obligaba al juez plural a mantener idéntico incremento, máxime cuando la

pena para el delito de secuestro simple fue reducida, con ocasión del reconocimiento de la aludida diminuyente.

Así las cosas, a los 74.66 meses deducidos por el injusto de hurto, concierne hacerle una adición de solo 6.22 para un total de 80.88 meses, es decir, **80 meses y 26 días de prisión**, tiempo al que igualmente se reduce la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Ahora, como la revisión del expediente permite inferir que no se ha incurrido en notorias causales de nulidad ni en flagrantes violaciones de derechos fundamentales distintas a la recién detectada, la Corporación no puede penetrar de oficio al fondo del asunto frente a otros tópicos.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Negar la solicitud de prescripción de la acción penal elevada a favor de **CARLOS ALBERTO ARARAT MUÑOZ**.

Segundo. Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de **CARLOS ALBERTO ARARAT MUÑOZ** contra la sentencia dictada el 13 de junio de 2013 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán.

Tercero. Casar parcialmente y de oficio la sentencia impugnada en el sentido de imponer a **CARLOS ALBERTO ARARAT**

Muñoz las penas de 80 meses y 26 días de prisión, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Cuarto. Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria